

A Prerrogativa Processual da Fazenda Pública de Obter Efeito Suspensivo Automático nos Embargos à Execução

Daniela Luiz¹

Introdução

As recentes alterações legislativas pelas quais passou o processo civil brasileiro, mais especificamente o processo de execução, trouxeram consigo diversas alterações no que concerne à defesa manejada pelo executado. Todavia, conforme se demonstrará aqui, algumas dessas alterações não são aplicáveis à Fazenda Pública, eis que, tratando-se de pessoa jurídica de direito público, a sua atividade deve pautar-se pelas regras do regime jurídico administrativo.

Uma das alterações introduzidas pela Lei nº 11.382/2006 foi a transmutação do conteúdo do artigo 739 para o recém-criado artigo 739-A, segundo o qual os embargos do executado não mais terão efeito suspensivo automático, mas apenas se estiverem presentes os requisitos previstos no § 1º do supracitado artigo.

Todavia, para a Fazenda Pública, a concessão do efeito suspensivo continua sendo automática no que tange à parte controversa da demanda, em respeito aos princípios da isonomia e da supremacia do interesse público, sendo necessária para a garantia do sistema constitucional de pagamento de precatórios e de requisição de pequeno valor (art. 100, caput e § 1º da Constituição Federal).

¹ Procuradora do Estado do Paraná.

Das prerrogativas processuais da Fazenda Pública como instrumentos para a concretização dos princípios da isonomia e da supremacia do interesse público

A lei processual civil previu certas regras diferenciadas à Fazenda Pública quando esta for parte de uma relação jurídica processual, uma vez que, quando estiver atuando em juízo, o ente público está, em verdade, a defender o erário, vale dizer, o conjunto de receitas públicas cuja contribuição adveio de toda a coletividade.

Importante observar que o ente público não representa os interesses individuais de alguém ou de algum grupo isolado. Ao demandar ou ser demandada, a Fazenda Pública está a defender os interesses de todos os sujeitos que habitam determinado município, estado ou país. Isso, portanto, é que deve ficar muito claro: o que a Fazenda Pública protege não é o interesse de um ou outro governante, mas, sim, a massa de recursos que foi arrecadada de todos os particulares.

Assim, em razão dessa peculiaridade, a Fazenda Pública é uma parte na relação jurídica processual diferenciada das demais, com o que deve ser lhe dado um tratamento diferente, em certas situações. Para Leonardo José Carneiro da Cunha:

Para que a Fazenda Pública possa, contudo, atuar da melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que se lhe confirmem condições necessárias e suficientes a tanto. Dentre as condições oferecidas, avultam as prerrogativas processuais, identificadas, por alguns, como privilégios. Não se trata, a bem da verdade, de privilégios. Estes – os privilégios – consistem em vantagens sem fundamento, criando-se uma discriminação, com situações de desvantagens. As vantagens processuais conferidas à Fazenda Pública revestem o matiz de prerrogativas, eis que contêm fundamento razoável, atendendo, efetivamente, ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual².

² CUNHA, L. J. C. da. **A fazenda pública em juízo**. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 34.

A legalidade das prerrogativas da Fazenda Pública em juízo são justificadas, ainda, em razão dos princípios da isonomia material e da supremacia do interesse público³ haja vista que a lei processual civil apenas previu regras diferenciadas para o ente público para que este possa ter condições, dada a sua peculiaridade, de atuar de forma a sempre proteger os interesses de toda a coletividade.

O princípio da isonomia justifica a existência das prerrogativas, na medida em que estas são necessárias para se adaptar às peculiaridades do ente público no processo em que este é parte. Já a supremacia do interesse público, por sua vez, justifica as prerrogativas em razão destas existirem apenas e tão somente em decorrência de que “os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais”⁴. Tais considerações serão abordadas com mais detalhes a seguir.

Do princípio da igualdade material

Durante muito tempo, aplicou-se o princípio da igualdade segundo o seu conceito formal, isto é, a todos eram atribuídos os mesmos direitos e deveres, a partir da qual surgiu a máxima de que todos são iguais perante a lei. Entretanto, ocorreu uma mudança de paradigma no princípio da isonomia (baseada nos ensinamentos de Aristóteles), com o que se passou a entender que todos são iguais perante a lei, mas somente na medida de suas desigualdades. Nas palavras de Canotilho: “*Exige-se uma igualdade material, devendo tratar-se por igual o que é igual e desigualmente o que é desigual.*”⁵

³ Esses princípios serão trabalhados com mais detalhes no capítulo 3 deste trabalho.

⁴ DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 62.

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 564.

O tratamento isonômico atribuído às pessoas não poderia ser cego, devendo ser analisada a situação concreta de cada sujeito; na medida em que as pessoas são diferentes entre si, cada qual deve receber tratamento específico, conforme sejam suas diferenças.

Conforme nos ensina Francisco Amaral:

Com o constitucionalismo liberal firma-se o princípio da igualdade de todos perante a lei (geral e abstrata), que o princípio democrático estende aos direitos políticos da cidadania. E com o Estado social advoga-se a igualdade de condições efetivas de exercício dos direitos, pois não basta a todos atribuir idênticos direitos quando divergem as situações concretas em que se encontram e que a esse exercício podem constituir obstáculo⁶.

Sem pretensão de esgotar o assunto, ao contrário, mas apenas para fazer a diferenciação que ora se afigura necessária, o princípio da igualdade formal se diferencia do da igualdade material, eis que aquele busca a isonomia pura, sem se atentar às condições individuais de cada sujeito; já este tem sua base fincada na incessante busca pela justiça social, com o que não se atrela a um postulado formal e abstrato de isonomia, atentando muito mais às condições peculiares de cada sujeito, para buscar a aproximação econômica, social e jurídica entre as pessoas.

A igualdade material se justifica na medida em que existem desigualdades entre as pessoas, vale dizer, ninguém é igual a ninguém, a diferença é a normalidade. Assim, como “(...) *existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais, do que se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não a igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar a injustiça, (...)*”⁷.

⁶ AMARAL, F. **Direito civil**: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 24.

⁷ SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 213-214.

Diante de tal perspectiva, vê-se que a aplicação do princípio da igualdade material deve atingir todas as relações jurídicas protegidas pelo direito, dentre elas, a relação jurídica processual. Para tanto, deve haver uma atividade exaustiva dos aplicadores do direito, no sentido de reconhecer as especificidades de cada parte atuante no processo. Vale dizer, não são todas as regras do Código de Processo Civil e das demais leis afins que serão aplicadas indistintamente para os postulantes, sendo necessário se analisar a situação de cada uma das partes do processo para se definir quais regras serão aplicadas.

Nas palavras de Leonardo José Carneiro da Cunha:

Considerando, porém, que se deve, na aplicação do princípio da isonomia, levar na devida conta a idéia aristotélica de conferir tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, há regras, no processo, que se apresentam diferenciadas, com vistas a alcançar equilíbrio e adaptar-se às peculiaridades daquela parte que detém uma nota marcante e diferenciada em relação às demais⁸.

Para a Fazenda Pública, não é diferente. Algumas situações demandam a existência de normas processuais diferenciadas para o ente público, tendo em conta as regras do regime jurídico administrativo a que este deve de submeter. Diante disso, “há regras especiais conferidas à Fazenda Pública, dentre as quais sobressai a prerrogativa de prazos diferenciados, a fim de se atender à sua situação no processo, que revela diferente da situação dos particulares ou das empresas privadas”⁹.

Vale dizer, toda vez que alguma regra processual colocar em xeque a defesa do interesse público, é necessária a presença de regramento apto a fazer jus à Fazenda Pública e a toda a ordem jurídica que a envolve.

⁸ CUNHA. Op cit, p. 31.

⁹ CUNHA. Op cit, p. 31.

Do princípio da supremacia do interesse público

A Fazenda Pública, sendo regida pelo regime jurídico administrativo, deve pautar a sua atuação segundo regras e princípios prefixados em lei. Dentre essas normas, certamente a que mais se destaca é o princípio da supremacia do interesse público, o qual *“determina privilégios jurídicos e um patamar de superioridade do interesse público sobre o particular. Em razão desse interesse público, a Administração terá posição privilegiada em face de terceiros, além de prerrogativas e obrigações que não são extensíveis aos particulares.”*¹⁰

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, *“o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem.”*¹¹

O princípio da supremacia do interesse público é a base sobre a qual se fundam todas as demais normas de ordem pública, eis que os interesses da coletividade sempre devem prevalecer sobre os individuais. *“Daí resulta o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, constituindo um dos alicerces de todo o direito público. É bem verdade que não há norma constitucional que albergue tal princípio. Sua consolidação, todavia, decorre, como visto, de uma idéia antiga e praticamente universal, segundo a qual se deve conferir prevalência ao coletivo em detrimento do individual.”*¹²

Segundo nos ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro, esse princípio *“está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.”*¹³

¹⁰ MARINELA, F. **Direito Administrativo**. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 24.

¹¹ MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 59.

¹² CUNHA. Op cit, p. 32.

¹³ DI PIETRO. Op cit p. 62.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O indispensável, em suma, é prevenir-se contra o erro de, consciente ou inconscientemente, promover uma separação absoluta entre ambos, ao invés de acentuar, como se deveria, que o interesse público, ou seja, o interesse do todo, é ‘função’ qualificada dos interesses das partes, uma forma, específica, de sua manifestação¹⁴.

Ademais, outro princípio que segue ao lado da supremacia do interesse público é o da indisponibilidade desse interesse, com o que a Administração Pública tem o dever de atender às exigências previstas em lei para a defesa do interesse público, o qual não pode ser livremente disposto pelo administrador. Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que *“a Administração Pública não é titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção. Daí a indisponibilidade do interesse público”*¹⁵.

A Fazenda Pública, portanto, tem o dever de atuar em defesa do interesse de toda a coletividade, o que, em última instância, visa à consagração da dignidade de todos os seus administrados.

No processo civil não é diferente. A consecução do interesse público é a razão maior de toda a atuação da Administração Pública, sendo assim também quando atua no processo judicial. Diante disso, as regras de processo civil devem ser adequadas a essa circunstância para o fim de legitimar a presença de certas regras processuais próprias quando a Fazenda Pública for parte no processo.

Uma das situações que justificam a presença de regras processuais próprias à Fazenda Pública litigante em juízo é quando esta figura no pólo

¹⁴ MELLO. Op cit, p. 57.

¹⁵ DI PIETRO. M. S. Z. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 160.

passivo de uma execução. Isso porque a execução contra o ente público em nada se assemelha à execução em face de um particular, tendo em vista que a Fazenda Pública se submete às normas de garantia do sistema constitucional de pagamento de precatórios e de requisição de pequeno valor previstas no art. 100, caput e § 1º da Constituição Federal, com o que a sua defesa – mais precisamente os embargos à execução – deve ter uma disciplina diferenciada, conforme veremos a seguir.

Dos embargos à execução proposta contra a Fazenda Pública. Da necessidade de um regime jurídico diferenciado

O Código de Processo Civil prevê duas técnicas de execução de sentença, quais sejam: “a) processo autônomo de execução: a efetivação é objeto de um processo autônomo, instaurado com essa preponderante finalidade; b) fase de execução: a execução ocorre dentro de um processo já existente como uma de suas fases”¹⁶.

Contra a Fazenda Pública, adota-se o regime previsto no artigo 730 do Código de Processo Civil, em que o ente público é citado para opor embargos. Isto porque a execução em face do ente público processa-se em ação autônoma e não como mera fase processual.

Em outras palavras, não se aplica o regime do cumprimento da sentença na execução contra a Fazenda Pública. Esta não tem o prazo de quinze dias para pagar, sob pena de sujeitar-se a uma multa de 10% sobre o valor devido. Não se aplica, em suma, o disposto no art. 475-J do CPC para a execução proposta em face da Fazenda Pública. O procedimento, não custa repetir, está previsto nos arts. 730 e 731 do CPC¹⁷.

¹⁶ DIDIER JR, F.; CUNHA, L. J. C. da; et al. **Curso de direito processual civil. Execução.** v. 5. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 29.

¹⁷ DIDIER JR, F.; CUNHA, L. J. C. da; et al. *Op cit*, p. 708.

Essas regras diferenciadas justificam-se pelo fato de que a execução judicial em face da Fazenda Pública opera-se somente pelo procedimento dos precatórios. Não há qualquer pagamento que possa ser realizado senão nos termos do art. 100 da Constituição Federal.

Diante dessa premissa é que se pode dizer, desde já, que o artigo 739-A do Código de Processo Civil, que previu a presença de certos requisitos para a concessão de efeito suspensivo nos embargos à execução, não se aplica à Fazenda Pública, para quem a suspensão sempre será automática. Explique-se.

O art. 100, §§ 1º e 3º da Constituição Federal, prevê que os pagamentos efetuados pela Fazenda Pública, em decorrência de sentença judicial, somente poderão ser efetuados após o trânsito em julgado desta. Isto é, só será possível a realização do pagamento se não houver mais possibilidade de se discutir a questão nos autos.

Na execução contra a Fazenda Pública, em que pese já existir um título executivo, ainda há a possibilidade de se questionar o valor executado por meio de ação autônoma, qual seja, os embargos. Assim, se a Fazenda Pública não concordar com o valor cobrado pelo suposto credor, interporá uma ação judicial – os embargos – que detém aptidão para alterar o *quantum* executado. A execução, portanto, em que pese seja considerada definitiva pelo ordenamento¹⁸, não possui valor definitivo, haja vista que este ainda pode ser modificado de acordo com o que restar decidido na sentença proferida nos embargos.

Diante disso, a única interpretação que pode ser dada ao dispositivo constitucional é de que o trânsito em julgado que ali se exige refere-se ao trânsito dos embargos à execução, eis que, sem estes, o valor do débito ainda pode ser modificado e, desse modo, não é possível a expedição de precatório.

¹⁸ Nos termos do art. 587 do CPC: “É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739)”.

Nas palavras de Fredie Didier:

O trânsito em julgado a que se refere o § 1º do art. 100 da Constituição Federal é o da sentença que julgar os embargos à execução. É isso porque o valor a ser incluído no orçamento deve ser definitivo, não pendendo qualquer discussão a seu respeito. Observe-se, por exemplo, que a Lei nº 11.439/2006, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 2007, estabelece, em seu art. 25, que tal Lei Orçamentária somente incluirá dotações para o pagamento de precatórios cujos processos contenham certidão de trânsito em julgado da decisão exequenda e, igualmente, certidão de trânsito em julgado dos embargos à execução ou, em seu lugar, certidão de que não tenham sido opostos embargos ou qualquer impugnação aos respectivos cálculos¹⁹.

Ora, não há como se aceitar a expedição de precatório, bem como de requisição de pequeno valor, sem que o valor do débito seja definitivo. Não se está a tratar de verba de particular, a qual pode ser livremente disposta. Trata-se de verba pública, a qual, portanto, é indisponível, com o que apenas pode ser expedido o ofício requisitório para o Tribunal quando o débito for líquido e certo. Nesse sentido já se manifestou o STJ, no julgamento do REsp nº 331.002-0, relatado pelo Ministro Francisco Peçanha Martins, no qual se afirmou que “(...) *Precatório é ordem de pagamento de verba pública, cuja emissão só é possível se o débito for líquido e certo, circunstâncias inexistentes enquanto não transitada em julgado a decisão*”.

Diante disso, não há como se chegar a outra conclusão senão a de que o art. 739-A do Código de Processo Civil não se aplica às execuções contra a Fazenda Pública, tendo em vista que esta não poderá efetuar qualquer pagamento antes do trânsito em julgado dos embargos. O efeito suspensivo, nesses casos, será automático.

Não há como se determinar à Fazenda Pública que esta realize qualquer pagamento se ainda houver incertezas quanto ao valor do débito, vale dizer, se a sentença dos embargos ainda não tiver transitado em julgado.

¹⁹ DIDIER JR, F.; CUNHA, L. J. C. da; et al. Op cit, p. 711.

A norma que exige decisão trânsita em julgado é de hierarquia constitucional e, como tal, está no ápice da pirâmide kelseniana das normas jurídicas. Sendo assim, todas as demais regras do ordenamento devem ser com ela compatíveis, inclusive o Código de Processo Civil. Desse modo, no confronto entre a regra que prevê requisitos para a concessão de efeito suspensivo aos embargos e a que determina que a Fazenda Pública apenas será obrigada a pagar após o trânsito em julgado, esta é que deverá prevalecer.

De outro modo, a execução contra a Fazenda Pública segue procedimento diferenciado daquele observado pelos demais sujeitos do processo, qual seja, o previsto no artigo 730 do Código de Processo Civil.

No procedimento de execução contra os particulares, há duas previsões: a) em se tratando de cumprimento de sentença, o CPC prevê que o devedor deve pagar o débito no prazo de 15 dias, sob pena de incidir multa e, a requerimento do credor, ser expedido mandado de penhora e avaliação; b) em caso de execução de título extrajudicial, o CPC prevê que o devedor será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida.

Todavia, no caso de execução em face da Fazenda Pública, esta não é citada para pagar, mas sim para embargar. Apenas se não houver a oposição dos embargos é que se seguirá a expropriação contra o ente público, isto é, haverá a expedição de precatório.

Desse modo, pode-se concluir que só haverá a expedição de ofício requisitório ao Presidente do Tribunal de Justiça, autorizando a inscrição do débito na ordem cronológica dos pagamentos, quando não houver a interposição de embargos. Em sendo estes interpostos, não ocorrerá tal expedição.

Importante observar que a suspensão automática da execução não impede a incidência da regra encartada no § 3º do art. 739-A, o qual prevê que: “Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas a parte do objeto da execução, essa prosseguirá quanto à parte restante”.

Desse modo, concordando a Fazenda Pública com parte do valor que está sendo executado, este *quantum* incontroverso pode ser executado desde já. Esse é também o entendimento de Fredie Didier: “Quando os embargos forem parciais, a execução, nos termos do § 3º do art. 739-A do CPC, prosseguirá quanto à parte não embargada. Tal regra aplica-se aos embargos opostos pela Fazenda Pública. Nesse caso, a execução deve prosseguir relativamente ao valor equivalente à parte incontroversa, expedindo-se, quanto a essa parte, o precatório.”²⁰

Essa situação, em alguns casos, pode levar à expedição de dois precatórios ou duas requisições de pequeno valor. Explique-se: caso os embargos da Fazenda Pública sejam julgados improcedentes, a dívida será paga de maneira fracionada: o primeiro pagamento ocorrerá logo após a interposição dos embargos, quando houver a concordância expressa da Fazenda Pública quanto à parte incontroversa da demanda; o segundo ocorrerá após o trânsito em julgado dos embargos.

Todavia, ao contrário do que possa parecer em um primeiro momento, a expedição de dois precatórios, ou duas requisições de pequeno valor, está em conformidade com o disposto no art. 100, § 4º²¹ da Constituição Federal. Vale dizer, não há proibição geral ao fracionamento dos precatórios. Segundo este parágrafo, não se permite o parcelamento quanto este decorrer de conduta de má-fé, com objetivo único de burlar a ordem cronológica de pagamento dos precatórios. Se o fracionamento decorrer de um ato de boa-fé, decorrente do mecanismo judicial de impugnação dos débitos, o fracionamento é permitido. “Em tal situação, não está havendo o fracionamento vedado no parágrafo 4º do art. 100 da Constituição Federal, eis

²⁰ DIDIER JR, F.; CUNHA, L. J. C. da; et al. Op cit, p. 711.

²¹ Constituição Federal, art. 100, § 4.º São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3.º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório.

que não se trata de intenção do exequente de repartir o valor para receber uma parte por requisição de pequeno valor e a outra, por precatório."²²

Esse é também o entendimento de Antônio Flávio de Oliveira²³:

É importante advertir que não há uma vedação ao fracionamento ou parcelamento do precatório, este, aliás, é até objeto de tratamento pela própria Constituição. O que se pretende com a vedação que está prevista no art. 100, § 4º, da CF, é que a realização de parcelamento seja de alguma forma utilizada para burlar a ordem cronológica de pagamento dos precatórios, ou, ainda, que este parcelamento possa comprometer o planejamento de contas públicas.

O § 4º do art. 100, da CF, portanto, não é empecilho para que se conceda efeito suspensivo automático aos embargos opostos pela Fazenda Pública. O valor incontroverso será pago desde já pela Fazenda Pública, sendo o restante levado à análise pelo juízo, não sendo possível o pagamento do *quantum* controverso antes do trânsito em julgado da sentença dos embargos.

Notas conclusivas

1. Deve haver a previsão de certas prerrogativas processuais para a Fazenda Pública quanto esta atuar em juízo, tendo em vista que seu objetivo único é a proteção do direito da coletividade.
2. As prerrogativas processuais da Fazenda Pública justificam-se pelos princípios da igualdade de direito material e pela supremacia do interesse público.
3. O princípio da igualdade material justifica a aplicação de normas diferenciadas à Fazenda Pública, na medida em que se trata de pessoa jurídica de direito público; assim, sendo diferente dos

²² DIDIER JR, F.; CUNHA, L. J. C. da; et al. Op cit, p. 711.

²³ OLIVEIRA, A. F. de. **Precatórios**: aspectos administrativos, constitucionais, financeiros e processuais. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 245.

entes de direito privado, deve receber um tratamento singular pelo processo civil.

4. O princípio da supremacia do interesse público, por sua vez, justifica a presença de certas prerrogativas processuais, tendo em vista que estas são necessárias para que se possa fazer valer o interesse público em detrimento do interesse dos particulares.
5. Uma das prerrogativas processuais da Fazenda Pública é a inaplicabilidade do art. 739-A do CPC. Vale dizer, os embargos opostos pela Fazenda Pública detém efeito suspensivo automático.
6. Não pode haver a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor pela Fazenda Pública antes do trânsito em julgado da sentença dos embargos à execução, nos termos do art. 100, §§ 3º e 4º da Constituição Federal.
7. Na execução contra a Fazenda Pública, esta é citada para embargar. Apenas se não houver a interposição de embargos, ou se estes forem julgados improcedentes, é que poderá haver a expedição de precatório.
8. Pode haver a execução desde já, independentemente do julgamento dos embargos, do valor incontroverso da demanda.